



Title: Le Défi de la Délimitation du Champ de la Protection des Droits Fondamentaux par la Cour de Justice de l'Union Européenne

Author(s): Edouard Dubout

Source: European Journal of Legal Studies, Volume 6, Issue 1(Spring/Summer 2013), p 5-23

---

**Résumé:**

*Le sens de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne a changé. A l'origine destinés à s'assurer de la légitimité de l'exercice du pouvoir européen, ils servent désormais de support à une nouvelle contrainte sur l'exercice du pouvoir national. Cette contrainte est néanmoins limitée à un champ particulier dont les contours apparaissent largement incertains, empiétant bien souvent sur la compétence nationale. Après avoir identifié les hypothèses problématiques, et examiné les différentes solutions qui pourraient y être apportées, la thèse qui est proposée ici est que ce débordement procède d'une démarche de compensation du caractère partiel de l'intégration européenne.*

# LE DÉFI DE LA DÉLIMITATION DU CHAMP DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Edouard Dubout\*

## TABLE OF CONTENTS

1.	INTRODUCTION .....	6
2.	L'EXTENSION DU CHAMP DE LA PROTECTION.....	8
2.1	Les Hypothèses Traditionnelles de Protection : Exécution et Dérogation .....	8
2.1.1	<i>Les Mesures D'Exécution</i> .....	8
2.1.2	<i>Les Mesures de Dérogation</i> .....	9
2.2	Les Nouvelles Hypothèses de Protection: Horizontalité et « Internalité » .....	10
2.2.1	<i>Les Situations Horizontales</i> .....	10
2.2.2	<i>Les Situations Internes</i> .....	12
3.	LA CONTRADICTION DANS LE CHAMP DE LA PROTECTION .....	13
3.1	Identification de la Contradiction : Droits versus Compétences .....	13
3.1.1	<i>Ratioane Personae</i> .....	14
3.1.2	<i>Rationae Materiae</i> .....	15
3.2	Résolution de la Contradiction: Unitarisme versus Pluralisme .....	16
3.2.1	<i>Unité</i> .....	16
3.2.2	<i>Pluralité</i> .....	17
4.	LA JUSTIFICATION DU CHAMP DE LA PROTECTION .....	19
4.1	L'Argument de l'Efficacité: La Justification Utilitariste.....	19
4.1.1	<i>Effet Utile</i> .....	20
4.1.2	<i>Circularité</i> .....	21
4.2	L'Argument de l'Équité: La Justification Compensatrice.....	22
4.2.1	<i>« Résidualité »</i> .....	22
4.2.2	<i>Légitimité</i> .....	22
5.	CONCLUSION .....	23

---

\* Professeur à l'Université Paris Est, Directeur du Master Droit européen. Ce texte est issu d'une présentation orale donnée à l'Université Paris-Assas en octobre 2011 dans le cadre d'un colloque consacré à *L'Union européenne et les droits fondamentaux : nouveaux défis*, sous la direction des Professeurs E Decaux, J Dutheil de la Rochère, et C Blumann.

## 1. INTRODUCTION

Normes en partage, les droits fondamentaux se situent au cœur de la délicate articulation des systèmes juridiques concurrents opérant sur un même espace. Parmi les principaux défis juridiques auxquels est confrontée la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, celui de la délimitation des champs respectifs des différents organes juridictionnels nationaux et européens fait figure d'enjeu majeur. D'une part, dans la perspective de l'adhésion au mécanisme de protection de la Convention européenne des droits de l'homme, la répartition des champs de contrôle conditionne la délicate question de l'imputabilité des responsabilités respectives des Etats et de l'Union en cas de violation. D'autre part, l'identification d'un champ de protection propre à l'Union européenne tel que défini par la Cour de justice détermine pour le justiciable la sphère de revendication des droits qu'il tire de son appartenance au système d'intégration.

A première vue, ce défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux offerte par la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas totalement nouveau<sup>1</sup>. Il remonte finalement au principe même d'une protection prétorienne des droits fondamentaux et à la coexistence des contrôles qui en découle. Mais la question se trouve exacerbée désormais par la combinaison de deux facteurs : l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne reconnaissant la force contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'un côté, et les développements de la jurisprudence de la Cour de justice d'un autre côté. En effet, alors que la Charte affiche une volonté conventionnelle de restreindre le champ d'application de la protection conformément à son article 51 §1 à la seule action des institutions de l'Union européenne et à celle des Etats lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union », la Cour de justice exprime quant à elle une volonté jurisprudentielle d'étendre plus largement le champ de cette protection à des situations relevant jusqu'alors du seul contrôle national. Ce *hiatus* des volontés conventionnelle et jurisprudentielle dans la délimitation du champ de la protection européenne des droits fondamentaux est source d'une forme particulièrement problématique de tension. Le discours de la répartition des compétences étant opposé à celui de la protection des droits, les deux corps du droit constitutionnel européen se trouvent ainsi confrontés. En ce sens il s'agit bien d'un « nouveau » défi, et même d'un défi *inversé* par rapport à celui qui avait présidé à l'émergence d'une protection des droits fondamentaux par l'Union européenne. Tandis que le contexte initial souffrait du reproche d'une protection insuffisante des droits fondamentaux face au principe de primauté du droit de l'Union européenne<sup>2</sup>, le contexte actuel voit se formuler le grief inverse d'une protection surabondante des droits fondamentaux qui pourrait le cas échéant s'apparenter à une forme d'*ultra vires* jurisprudentiel<sup>3</sup>. A l'origine de la revendication d'une prise en compte de ces droits par la Cour de justice<sup>4</sup>, les juridictions internes, notamment constitutionnelles, redoutent de se voir dépossédées de leur pouvoir d'interprétation des droits fondamentaux qui fonde l'émergence du modèle contemporain de démocratie « judiciaire ». C'est qu'à ne point y prendre garde, l'intrusion de la Cour de justice en matière de protection des droits

---

<sup>1</sup> Joseph Weiler, 'The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action', in Francesco Capotorti and others (eds), *Du Droit International au Droit de l'Intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, (Nomos Verlagsgesellschaft 1987) 821

<sup>2</sup> *Solange I* Bverfg 37 [1974] 271.

<sup>3</sup> *Lisbonne* Bverfg 123 [2009] 267, para 338.

<sup>4</sup> Pierre Pescatore, 'Les Droits de l'Homme et l'Intégration Européenne' [1968] *Cahiers de Droit Européen* 629.

fondamentaux pourrait se généraliser et priver les ordres nationaux de l'autonomie d'interprétation de leurs normes fondatrices, déjà bien entamée par le contrôle strasbourgeois. Ironie de l'histoire, qui voit la Cour de justice passer du statut de cour « pas assez » protectrice des droits fondamentaux à celui de cour « trop » protectrice de ces mêmes droits.

Abondance de biens ne nuit, pourrait-on être tenté d'objecter. Sauf que chacun sait bien que la protection des droits se prête mal à la confusion et à l'insécurité juridique. Or, il manque pour le moment une véritable méthodologie du contrôle jurisprudentiel des droits fondamentaux dans l'Union<sup>5</sup> qui serait capable de circonscrire avec précision le champ de la protection. Contrairement à l'exemple états-unien et à la doctrine de la « pleine incorporation », le champ de la protection par la Cour de justice n'est pas total<sup>6</sup>. Entre une protection limitée à la seule mise en œuvre du droit de l'Union et une protection généralisée à toute situation, la Cour de justice a, comme souvent, choisi l'entre-deux, sans pour autant fixer de critères clairs et stables de partage entre les niveaux de protection. Au point qu'il est désormais particulièrement délicat de savoir quelles situations mettant en cause les droits fondamentaux sont susceptibles de se revendiquer d'une protection par le droit de l'Union européenne. Malgré la confusion évidente qui en résulte, il serait envisageable d'essayer de relativiser l'importance de cette incertitude en mettant en avant le fait qu'ultimement il reviendra à la Cour européenne des droits de l'homme d'unifier la protection et de fixer un standard largement commun aux juges nationaux et à la Cour de justice. Dès lors, peu importerait que le partage des responsabilités soit approximatif puisqu'en définitive la protection offerte serait sensiblement la même. Néanmoins, si le pouvoir du dernier mot reviendra certainement à la Cour de Strasbourg, il ne faut pas négliger pour autant celui du premier mot qu'offre à la Cour de Luxembourg l'avantage de la procédure préjudicielle. En outre le degré de contrôle qu'exercera la Cour de Strasbourg sur le niveau de protection ainsi étendu à vingt-sept Etats reste à connaître. Délivrer sa propre vision des droits fondamentaux et en persuader les autres acteurs juridiques nationaux et européens du bien-fondé, tel est en réalité l'enjeu de la délimitation du champ de protection. La tentation sera grande pour la Cour de justice d'offrir une protection plus élevée, à la fois pour la rendre visible et pour l'immuniser préventivement contre une éventuelle remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme. L'intrusion dans l'office des juges nationaux en sera perçue comme d'autant plus importante, augmentant les risques de contestation.

Une question se pose immédiatement au regard des difficultés engendrées. Quel besoin si pressant y a-t-il pour la Cour de justice de braver la volonté étatique et d'insécuriser le partage des fonctions afin d'étendre au-delà même des compétences de l'Union l'application de son propre standard de protection des droits fondamentaux ? N'aurait-elle pas plutôt intérêt à faire preuve de prudence à ne pas s'aventurer sur la pente glissante du contrôle des mesures nationales au péril de s'attirer les foudres des juges nationaux et d'empiéter sur l'office de la Cour de Strasbourg ? On devine bien qu'au-delà de la question du champ d'application de la protection se profilent d'autres défis qui ne sont plus exclusivement juridiques mais qui ont trait à des enjeux de pouvoir liés à une entreprise de légitimation de l'intégration européenne. Derrière la question du champ d'application de la protection des droits fondamentaux se dissimule celle de la nature de la société européenne en gestation à

---

<sup>5</sup> Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds), *The Past and Future of EU Law* (Hart Publishing 2010) xix.

<sup>6</sup> Aida Torres Perez, 'The Dual System of Rights Protection in the European Union in the Light of US Federalism' in Elke Cloots, Geert de Baere, and Stefan Sottiaux (eds), *Federalism in the European Union* (Hart Publishing 2012) 110.

laquelle la Cour de justice s'emploie à donner corps. Il apparaît que le défi que représente la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux naît d'un processus constant d'extension (2), qui provoque une situation embarrassante de contradiction (3), nécessitant pour être dépassée un discours cohérent de justification (4).

## 2. L'EXTENSION DU CHAMP DE LA PROTECTION

Le champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice est le fruit d'une superposition casuistique de décisions au sein desquelles il est difficile de dégager une véritable logique d'ensemble. L'étendue de la protection concerne tout d'abord et originellement l'action des institutions et organes de l'Union<sup>7</sup>. Cette hypothèse initiale ne soulève pas de difficulté d'identification majeure, ni de véritable contestation puisqu'elle était réclamée par les juges nationaux. La protection assurée par la Cour de justice s'étend ensuite au contrôle des mesures nationales qui présentent un *lien de rattachement suffisant* avec le champ d'application du droit de l'Union. Or, ces liens se multiplient augmentant d'autant le contrôle de la Cour de justice. Alors que l'on peut identifier classiquement deux hypothèses traditionnelles de rattachement des mesures nationales au champ du droit de l'Union (2.1), il faut désormais probablement y ajouter deux autres plus récentes dont la portée demeure toutefois incertaine (2.2).

### 2.1 Les Hypothèses Traditionnelles de Protection : Exécution et Dérogation

Elles sont connues et concernent le contrôle des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union d'une part, ainsi que celui des mesures de dérogation aux libertés de circulation d'autre part. La seconde, déjà, est plus contestable que la première.

#### 2.1.1 Les Mesures D'Exécution

La première hypothèse traditionnelle de protection est celle du contrôle des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union. Initiée dans l'arrêt *Wachauf*<sup>8</sup>, elle se justifie par un souci d'assurer un niveau suffisant et homogène de protection des droits fondamentaux quelque soit le mode d'exécution - direct ou indirect - du droit de l'Union. Elle n'allait pourtant de soi, notamment au regard de l'ancien article 46 d) TUE ou encore de l'exemple étatsunien<sup>9</sup>. Il en résulte qu'agissant en tant que dépositaire de l'exercice d'un pouvoir européen les organes nationaux se voient soumis à un standard de protection propre à l'Union qui se *substitue* au standard national. Face à un risque de diminution de ce dernier et partant de contradiction avec les droits constitutionnels internes, la Cour de justice optera généralement pour une protection équivalente, voire supérieure, à celle du droit interne.

L'identification précise des mesures de « mise en œuvre » est particulièrement importante, notamment afin de savoir ce qui relève respectivement des Etats et de l'Union dans la perspective de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>10</sup>. Il semblerait

---

<sup>7</sup> Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419, Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

<sup>8</sup> Case 5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609, para 19.

<sup>9</sup> La Cour suprême américaine a refusé dans un premier temps et avant l'adoption du Quatorzième amendement de contrôler le respect des droits constitutionnels fédéraux par les actes des organes fédérés, voir *CS Barron v Baltimore* 32 US 243 [1833].

<sup>10</sup> Par exemple la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la responsabilité individuelle de la Belgique dans la mise en œuvre du droit de l'Union en matière d'asile, dès lors qu'était aménagée une certaine

qu'elles recouvrent celles qui ont pour objet l'exécution des normes immédiatement applicables ainsi que la transposition des directives, voire les mesures d'exécution des accords liant l'Union européenne<sup>11</sup>. Sont ainsi concernées les situations dans lesquelles les Etats membres ont une compétence liée, et le cas échéant celles dans lesquelles ils adoptent de leur propre chef des mesures qu'ils jugent nécessaires à la bonne application du droit dérivé de l'Union<sup>12</sup>. La marge de manœuvre laissée aux Etats dans la mise en œuvre du droit de l'Union pourrait alors servir de critère à la délimitation du champ des contrôles. Toutefois, la Cour de justice a précisé que cette latitude laissée à la discrétion des autorités nationales ne pouvait servir de fondement à une méconnaissance des droits fondamentaux<sup>13</sup>. Dans un important arrêt *N.S. et autres*, elle paraît même désormais estimer que le fait d'agir sur le fondement du droit de l'Union, y compris sur une base discrétionnaire, constitue une mesure de « mise en œuvre » du droit de l'Union et entraîne l'applicabilité du standard européen de protection des droits fondamentaux<sup>14</sup>. Que ce soit le droit de l'Union qui pose lui-même le pouvoir d'appréciation national emporte ainsi le rattachement de la mesure au champ du contrôle. Ce faisant, la marge discrétionnaire d'action des autorités nationales ne l'est plus vraiment... En outre, la Cour a estimé, dans une lecture extensive de l'article 51 CDFUE, que relevaient des mesures d'exécution, les réglementations nationales permettant de sanction, y compris pénalement, le non-respect d'obligations issues du droit de l'Union, y compris bien que de telles réglementations n'aient pas été adoptées à cette fin<sup>15</sup>.

### 2.1.2 Les Mesures de Dérogation

La seconde hypothèse traditionnelle de contrôle du respect des droits fondamentaux par les mesures nationales a été dégagée dans l'arrêt *ERT*<sup>16</sup>. Elle concerne les mesures nationales qui dérogent à une liberté de circulation, quelque soit d'ailleurs le fondement de cette dérogation<sup>17</sup> et quelque soit la liberté de circulation en cause. La Cour l'a ainsi étendu aux situations de dérogation à la libre circulation du citoyen dans l'arrêt *Tsakouridis*<sup>18</sup>. Cette extension offre de nombreuses potentialités dans la mesure où il suffit désormais à un citoyen qui se déplace de revendiquer une atteinte à ses droits fondamentaux, découlant par exemple des disparités des droits nationaux, pour déclencher le rattachement au champ du contrôle. L'importance de cette hypothèse de protection est doublement déterminante.

---

marge de manœuvre aux autorités nationales qui aurait pu leur permettre d'éviter la violation de la Convention, *M.S.S. v Belgique and Greece* App no 30696/09 (ECtHR, 21 Janvier 2011).

<sup>11</sup> Bruno De Witte, 'Le Rôle Passé et Futur de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans la Protection des Droits de l'Homme', in Philipp Alston (ed), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, (Bruylant 2001) 910.

<sup>12</sup> Joined Cases C-20 and C 64/00 *Booker Aquaculture and Hydro Seafood* [2003] ECR I-7411, para 88 s.

<sup>13</sup> Case C-540/03 *Parlement v Conseil* [2006] ECR I-5769, para 105.

<sup>14</sup> Joined Cases C-411 and C-493/10 *N. S. and Others* (ECJ, 21 décembre 2011), para 68.

<sup>15</sup> Case C-617/10 *Åkerberg Fransson* [2013] (ECJ, 26 février 2013), para 28 : « Le fait que les réglementations nationales qui servent de fondement auxdites sanctions fiscales et poursuites pénales n'aient pas été adoptées pour transposer la directive 2006/112 ne saurait être de nature à remettre en cause cette conclusion, dès lors que leur application tend à sanctionner une violation des dispositions de ladite directive et vise donc à mettre en œuvre l'obligation imposée par le traité aux États membres de sanctionner de manière effective les comportements attentatoires aux intérêts financiers de l'Union ».

<sup>16</sup> Case C-260/89 *E.R.T.* [1991] ECR I-2925, para 42 : « Dès lors qu'une réglementation [nationale] entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »

<sup>17</sup> *ibid*, para 42 (pour les clauses du traité) ; Case C-368/95, *Familiapress* [1997] ECR I-3689, para 24 (pour les motifs jurisprudentiels d'intérêt général) ; Case C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos* [2004] ECR I-5257, para 97 (pour le droit dérivé).

<sup>18</sup> Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] ECR I-11979, para 52.



D'une part, elle amorce un dépassement du champ du contrôle au-delà des limites des compétences de l'Union européenne, créant ainsi un décalage entre champ d'application et champ de compétence (cf *infra*). D'autre part, il y a dans l'arrêt *ERT* un tournant axiologique crucial par rapport à l'hypothèse précédente: alors que dans l'arrêt *Wachauf* la perspective était plutôt de prolonger le contrôle des actes des institutions par celui des actes des Etats agissant comme agent d'exécution du droit de l'Union, l'arrêt *ERT* ambitionne quant à lui d'offrir un standard *supplémentaire* de protection<sup>19</sup>.

En effet, la mesure nationale subit alors un triple contrôle: le respect de la protection nationale des droits fondamentaux, le respect de la liberté de circulation, et quand bien même aurait-elle passé ces deux tests précédents avec succès, elle doit subir un dernier contrôle du respect des droits fondamentaux tels que protégés par la Cour de justice. Ce faisant, la juridiction de l'Union ajoute son propre cadre de justification de l'action des autorités nationales à celui existant en droit interne, alors même qu'elles agissent au sein de leur marge d'appréciation et dans le respect des libertés de circulation. Plus qu'une substitution comme dans l'hypothèse précédente, il faut y voir une *superposition* des standards de protection. Une étape déterminante est franchie puisque le risque de concurrence des contrôles joue pleinement. La Cour de justice se met en position non plus seulement d'assurer que l'exécution du droit de l'Union ne diminue pas la protection des droits nationaux, mais également de proposer un standard éventuellement supérieur à celui offert par les juges internes sur le fondement du droit national. L'on passe ainsi d'une posture d'encadrement de l'exercice national du pouvoir *européen* à celle d'un encadrement additionnel de l'exercice du pouvoir *national*.

Le champ d'application de la protection jurisprudentielle ne se limite plus désormais à ces deux hypothèses traditionnelles. D'autres ont été ajoutées par la Cour de justice, mais leur portée reste encore à préciser.

## **2.2 Les Nouvelles Hypothèses de Protection: Horizontalité et « Internalité »**

Les développements contemporains de la jurisprudence font apparaître un nouvel élargissement du contrôle de la Cour de justice sur les mesures nationales au nom du respect des droits fondamentaux. Il s'agit des hypothèses de protection dans un litige horizontal d'une part, et dans une situation auparavant purement interne d'autre part.

### **2.2.1 Les Situations Horizontales**

La première nouvelle hypothèse de protection concerne le prolongement des directives de lutte contre les discriminations dans les litiges horizontaux. Elle découle des arrêts *Mangold*<sup>20</sup> et *Küçükdeveci*<sup>21</sup>, dans lesquels la Cour de justice s'est fondée sur un principe de non-discrimination en raison de l'âge pour étendre son contrôle des mesures nationales qui y porteraient atteinte dans des litiges opposant deux personnes privées. En l'occurrence, la directive de lutte contre les discriminations (n° 2000/78) invoquée par les requérants ne pouvait, seule, fonder la mise à l'écart du droit national contraire en vertu d'une jurisprudence constante selon laquelle les directives ne produisent pas un tel effet dans les

---

<sup>19</sup> Damien Chalmers, 'Looking Back at *ERT* and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda', in Loïc Azoulai and Miguel Poiares Maduro (ed) (n 5) 145.

<sup>20</sup> Case C-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981.

<sup>21</sup> Case C-555/07 *Küçükdeveci* [2010] ECR I-365.

litiges horizontaux<sup>22</sup>. Le droit fondamental à ne pas subir de discriminations fondées sur l'âge, issu des principes généraux du droit puis de la Charte (article 21), est alors combiné par la Cour de justice à la directive qui en précise la portée afin d'étendre le champ de la protection aux situations interindividuelles. Tandis que les droits fondamentaux sont conçus avant tout comme des obligations destinées à encadrer les pouvoirs étatiques, la Cour de justice leur confère une dimension horizontale et accentue l'emprise du droit de l'Union sur le droit privé des Etats membres<sup>23</sup>. Cette protection est problématique en ce qu'elle peut aboutir à faire peser sur un particulier le poids de la non-conformité du droit national au standard de protection européen. Ultiment, elle pourrait même aboutir à contrôler directement des normes émanant des personnes privées en limitant leur autonomie. Il semble bien s'agir en tout état de cause d'une hypothèse de contrôle inédite qui jusqu'alors n'entraînait pas dans le champ traditionnel de la protection par Cour de justice, en ce sens que la mesure contrôlée n'a pas nécessairement pour objet ou pour effet de mettre en œuvre le droit de l'Union<sup>24</sup>.

Il est encore difficile de dire quelle est la portée précise de cette protection. Une première incertitude provient du point de savoir si elle doit être limitée aux seules situations entrant dans le champ d'une directive dont l'objet principal est lui-même de protéger les droits fondamentaux, ou si elle s'étend à d'autres situations<sup>25</sup>. Il conviendra d'éviter un risque de « confusion des sources » pour reprendre la formule de l'avocat général V Trstenjak<sup>26</sup>. En effet, l'association d'une directive et d'un droit fondamental – lui-même issu des principes généraux du droit ou de la Charte – donne naissance à une norme « hybride » dont le maniement, en termes par exemple d'autorité hiérarchique ou d'invocabilité contentieuse, présente certaines difficultés<sup>27</sup>. Ensuite, cette hypothèse de protection ouvre la voie à une applicabilité horizontale plus généralisée des droits fondamentaux. La question se pose notamment de savoir si le champ d'application de la Charte ne pourrait s'y étendre. Interpellée sur ce point par son Avocat général, la Cour ne s'est pas encore prononcée<sup>28</sup>. Enfin, le régime de cette protection horizontale – qu'elle soit partielle ou générale – reste à inventer. Comment le particulier à qui il est reproché une atteinte aux droits fondamentaux peut-il être en mesure de justifier son comportement, et selon quel type de raisonnement ? Voici les écueils principaux qui se dressent face à la protection horizontale des droits fondamentaux et qui entraîne la Cour de justice vers la fondamentalisation des rapports privés.

<sup>22</sup> Case 152/84 *Marshall* [1986] ECR 723, para 48 ; Case C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325, para 24.

<sup>23</sup> Christian Joerges, 'Sur la Légitimité d'Européaniser le Droit Privé. Plaidoyer pour une Approche Procédurale' [2004] EUI Working Paper 04.

<sup>24</sup> 'The Scope of Application of General Principles of Union law: An Ever Expanding Union?' (2010) 47 CMLR 1589.

<sup>25</sup> Pour la première branche de l'alternative, les conclusions de l'Avocat Général Bot (para 90) dans l'affaire *Kücükdeveci*. Lire également les conclusions de l'Avocat Général Kokott dans l'affaire *Bartsch* (C-427/06) qui adopte une position différente et propose de distinguer selon la présence ou non d'une mesure nationale spécialement destinée à transposer une directive, que celle-ci ait pour objet ou non la protection des droits fondamentaux.

<sup>26</sup> Voy. les conclusions du 8 septembre 2011 (para 154 s.) dans l'affaire *Dominguez* (C-282/10) qui concerne notamment la transposition du raisonnement *Kücükdeveci* au droit fondamental au congé du travailleur, tel que précisé par la directive n° 2003/88. Dans son arrêt du 24 janvier 2012, la Grande Chambre de la Cour de justice n'a pas statué sur ce point, se contentant de rappeler qu'une directive n'est pas invocable dans un litige entre particuliers, sauf à fin d'interpréter le droit national (C 282/10).

<sup>27</sup> Par exemple, nos remarque dans « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux : le bateau ivre a-t-il sombré ? » (2010) 46 RTDE 277.

<sup>28</sup> Conclusions du 8 septembre 2011 (para 83 s.) dans l'affaire *Dominguez* (C-282/10) et la doctrine citée notes 50 et 51.



### 2.2.2 Les Situations Internes

La seconde nouvelle hypothèse de protection est encore plus incertaine. Elle s'appuie sur le statut de citoyen de l'Union, fût-il sédentaire et concerne donc une situation dite « purement interne ». Il ne manque pas de critiques contre la limitation du champ du droit de l'Union à l'égard de ces situations et des conséquences qu'elle entraîne<sup>29</sup>. La nouvelle protection offerte par la Cour contribue à y répondre, mais de manière partielle. Découlant de l'arrêt *Zambrano*<sup>30</sup>, cette hypothèse voit la Cour de justice considérer que le droit de l'Union, et en particulier l'article 20 TFUE, s'oppose à une mesure nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ». En l'occurrence il s'agissait d'une mesure d'éloignement des parents d'enfants citoyens de l'Union européenne que la Cour de justice estime contraire aux droits de ces derniers. Aucun des protagonistes n'ayant fait usage de la liberté de circulation, leur situation de sédentarité ne pouvait relever de l'hypothèse traditionnelle de contrôle des droits fondamentaux liée à l'exercice du droit à la mobilité. On peut donc y voir une nouvelle hypothèse de protection, en précisant toutefois que la Cour de justice, contrairement à l'Avocat Général Sharpston<sup>31</sup>, ne fait pas directement référence aux droits fondamentaux, et notamment à celui du respect de la vie privée et familiale, mais uniquement au statut de citoyen. C'est pourtant bien la violation d'un tel droit qui déclenche l'atteinte au statut de citoyen. De sorte que la question se pose de savoir si toute violation des droits fondamentaux des citoyens de l'Union, même sédentaires, emporte automatiquement méconnaissance de leur statut, ou si seulement certaines violations peuvent avoir cet effet, et dans ce cas lesquelles.

Le critère de l'« essentialité » des droits mentionné par la Cour fait plutôt pencher en faveur de la seconde option. La jurisprudence postérieure le confirme en refusant d'assimiler une violation potentielle, voire probable, de la vie privée et familiale à une atteinte à l'« essentiel » des droits attachés au statut de citoyen<sup>32</sup>. Aux termes de l'arrêt *Dereci*, seuls certains droits seraient susceptibles d'être considérés comme tels à savoir principalement le droit au séjour sur le territoire de l'Union<sup>33</sup>, auquel il est éventuellement possible d'ajouter le droit à la nationalité qui conditionne le bénéfice même de la citoyenneté<sup>34</sup>. Il s'agirait donc d'une hypothèse à la fois indirecte et partielle de protection des droits fondamentaux, le critère de l'atteinte à l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen servant uniquement de lien de rattachement au droit de regard de la Cour de justice. Outre la faiblesse logique du raisonnement consistant à fusionner l'étape du rattachement au contrôle et celle du résultat de celui-ci, cette position prête le flanc à la critique en ce qu'elle se fonde sur une conception particulièrement « étroite » du statut de citoyen aboutissant à le déconnecter d'une pleine protection des droits fondamentaux qui, en tout état de cause, sera opérée le cas échéant devant la Cour de Strasbourg<sup>35</sup>. Par ailleurs seul le citoyen « dépendant » se trouve

<sup>29</sup> Nic Shuibhne, 'Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on?' (2002) 39 CMLR 73.

<sup>30</sup> Case C-34/09 *Zambrano* [2011] ECR I-1177, para 42.

<sup>31</sup> Conclusions du 30 septembre 2010, para 62 and 81 s.

<sup>32</sup> Case C-434/09 *McCarthy* [2011] ECR I-3375.

<sup>33</sup> Case C-256/11 *Dereci* [2011] (ECJ, 15 Novembre 2011), para 66: « Il en découle que le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble ».

<sup>34</sup> Pour un raisonnement de cette sorte dans une situation de mobilité, Case C-135/08 *Rottmann* [2010] ECR I-1449.

<sup>35</sup> Paolo Mengozzi, 'Zambrano, An Unexpected Ruling', in P Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl (eds) *Constitutionalising the EU Judicial System – Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart Publishing 2012) 244.

ainsi protégé<sup>36</sup>. La préoccupation est néanmoins compréhensible : elle est d'éviter que la Cour de justice ne s'érige en la garante d'une protection généralisée des droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens européens, y compris sédentaires. Et pourtant n'est-ce pas là ce qu'appelle la qualité de citoyen d'un ordre juridique et politique ? Des solutions intermédiaires sont envisageables, mais il conviendrait à tout le moins d'affirmer plus ouvertement le lien difficilement niable entre la valorisation du statut de citoyen et la protection des droits fondamentaux<sup>37</sup>. Les frontières de la protection des droits fondamentaux des citoyens en situations internes par la Cour de justice restent encore à tracer.

On pourrait penser que ces hypothèses nouvelles de protection des droits fondamentaux par la Cour de justice au regard de leur caractère en apparence limité et presque immature, n'auraient pas vocation à engendrer des difficultés autres qu'une forme toujours préjudiciable de complexité inutile. En réalité, il en va autrement en ce qu'elles ignorent ouvertement la volonté des Etats de restreindre plus étroitement le champ de la protection, ce qui engendre une situation de contradiction conflictuelle.

### 3. LA CONTRADICTION DANS LE CHAMP DE LA PROTECTION

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, se profile la perspective de l'existence d'un double standard au sein même de la protection des droits fondamentaux offerte par l'Union. Conformément aux paragraphes 1 et 3 de l'article 6 TUE, la protection s'effectue soit sur le fondement conventionnel de la Charte, soit sur le fondement jurisprudentiel des principes généraux du droit. Après l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un troisième s'y ajoutera en vertu des accords internationaux liant l'Union européenne. Cette accumulation de fondements différents pour protéger les mêmes droits pourrait être organisée et unifiée si, à tout le moins, leur applicabilité convergeait. Or, pour ce qui est de l'étendue de la protection offerte à l'égard des mesures nationales, le constat s'impose que les champs de la protection découlant des différents fondements possibles ne coïncident pas nécessairement. De là provient le risque de contradiction. Après l'avoir plus précisément identifié (3.1), il faudra envisager les manières d'y remédier (3.2).

#### 3.1 Identification de la Contradiction : Droits *versus* Compétences

La contradiction naît de la rédaction de l'article 51 de la Charte au sujet duquel on a écrit qu'« il aurait pu logiquement en constituer l'article premier »<sup>38</sup>. Schématiquement, cette disposition pose deux séries de limites au champ de la protection. Une limite *rationae personae* concerne les destinataires de la protection, et l'autre *rationae materiae* est relative aux domaines de cette protection. Destinées à protéger le principe cardinal du respect des compétences d'attribution<sup>39</sup>, ces limites sont contredites par la jurisprudence avec une évidence variable.

---

<sup>36</sup> Joined Cases C-356 and C-357/11 *O,S v Maahanmuuttovirasto* (ECJ, 6 décembre 2012).

<sup>37</sup> Dans ses conclusions dans l'affaire *Centro Europa* du 12 septembre 2007 (C-380/05, para 21), l'Avocat Général Poiras Maduro avait évoqué l'idée d'une protection généralisée des droits fondamentaux en dehors de tout lien de rattachement au droit de l'Union par la Cour de justice, mais avec un degré de contrôle restreint, limité aux seules violations « structurelles », c'est-à-dire graves et persistantes.

<sup>38</sup> Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Témoignage et commentaires*, (Le Seuil 2001) 250.

<sup>39</sup> Koen Lenaerts and Jose-Antonio Gutierrez-Fons, 'The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law' (2010) 47 CMLR 1629

### 3.1.1 *Ratioane Personae*

L'article 51 §1 prévoit que la protection offerte par la Charte ne s'étend « aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Pareille rédaction exclut en principe la protection des droits fondamentaux sur le fondement de la Charte dans les litiges horizontaux, c'est-à-dire lorsque le destinataire de la protection est un particulier ne présentant aucun lien fonctionnel avec les pouvoirs publics<sup>40</sup>. Or, tel est précisément l'apport de l'hypothèse *Mangold/Kücükdeveci* de permettre à la Cour de connaître des situations horizontales grâce à une combinaison d'un droit fondamental et d'une directive. Certes, il ne s'agit que d'une justiciabilité limitée découlant d'une invocabilité d'exclusion et non de substitution, et il est loisible de se demander s'il s'agit d'un « plein » effet horizontal, dans le sens où il aboutirait à faire peser directement des obligations sur un particulier et non pas seulement à le priver du soutien de la conformité de son comportement au droit national. A cette nuance propre aux différentes formes de justiciabilité dégagées par la Cour, il convient de constater que le simple fait d'en revendiquer le bénéfice dans un litige entre personnes privées devrait conduire à y voir une forme d'effet horizontal direct (*unmittelbare Drittwirkung*), par opposition à un effet horizontal indirect (*mittelbare Drittwirkung*) consistant à rechercher la responsabilité des pouvoirs publics du fait d'une violation d'un droit fondamental par un particulier.

Déjà, cette prise de position de la Cour de justice contraste avec celle des juges constitutionnels nationaux, qu'ils soient européens<sup>41</sup> ou américains<sup>42</sup>, qui refusent pour la plupart d'étendre leur contrôle des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux au nom de leur attachement à ne contrôler que l'action des pouvoirs publics<sup>43</sup>. Cette extension est encore plus intrusive dans le système juridique particulier de l'Union européenne. En effet, la conséquence de la protection des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux découlant de l'hypothèse *Mangold/Kücükdeveci* aboutit à ce qu'un particulier se voit en substance opposé par le truchement des droits fondamentaux le non-respect d'une directive qui ne lui est en principe pas adressée. Or, l'enjeu de l'invocabilité des directives est déterminant sous l'angle de la répartition des compétences. On se souvient que dans l'arrêt *Faccini Dori* la Cour avait elle-même justifié l'absence d'effet direct des directives dans les litiges horizontaux par un appel au respect des compétences d'attribution duquel découle la distinction entre le règlement et la directive<sup>44</sup>. Une partie de la doctrine justifie donc l'absence d'invocabilité de substitution des directives dans les litiges entre personnes privées par l'argument issu du respect des compétences d'attribution<sup>45</sup>. Faire revêtir à la directive, par biais des droits fondamentaux, les mêmes effets qu'un règlement reviendrait ainsi à permettre à l'Union de réglementer des situations pour lesquelles elle n'aurait pas reçu les compétences nécessaires à cette immixtion au sein des droits nationaux. On comprend donc

---

<sup>40</sup> La question pourrait se poser de la transposition de la jurisprudence relative à la définition des litiges verticaux et horizontaux s'agissant de l'invocabilité des directives pour identifier la portée de l'article 51 §1 de la Charte.

<sup>41</sup> Pour un aperçu de droit comparé, Christoph Busch and Hans Schulte-Nölke (eds), *EU Compendium: Fundamental Rights and Private Law* (Sellier European Law Publishers 2010) 10-16.

<sup>42</sup> Elizabeth Zoller, 'Considérations sur les Causes de la Puissance de la Cour Suprême des États-Unis et de Sa Retenue' (2011) 33 Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel 246.

<sup>43</sup> Mattias Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law' (2006) 7 German LJ 341.

<sup>44</sup> Case C-91/92 *Faccini Dori* [1994] (n 22), para 24.

<sup>45</sup> Denys Simon, *La Directive Européenne*, (Dalloz 1997) 73-74.

mieux les réactions virulentes qu'a suscitées la position de la Cour de justice<sup>46</sup>. Le risque est que les juges nationaux entrent en résistance contre ce qui pourrait être considéré comme une atteinte au respect de la répartition des compétences<sup>47</sup>. C'est ainsi que le bien-fondé de la jurisprudence *Mangold* a été remis en cause devant la Cour constitutionnelle allemande. La crainte d'une fronde ouverte sous forme d'une déclaration d'*ultra vires* pour méconnaissance des compétences d'attribution n'a finalement été écartée qu'*in extremis* par l'arrêt *Honeywell*<sup>48</sup>, au prix d'une interprétation minimisant le dépassement des compétences, ce dernier étant considéré comme « mineur » et « peu significatif »<sup>49</sup>. L'avertissement mérite néanmoins d'être entendu.

### 3.1.2 *Rationae Materiae*

L'article 51 §2 précise avec une redondante insistance que la Charte « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ». Cette disposition a pour objectif évident de limiter le champ de la protection aux domaines de mise en œuvre du droit de l'Union et partant au champ des compétences de celle-ci, en réponse à la préoccupation des représentants de certains gouvernements. De cette formulation découle en principe que les droits fondamentaux ne sauraient être protégés dans le champ des domaines de compétences retenues des Etats. L'idée est de lier le champ d'application des droits au champ d'attribution des compétences. Cette solution a le mérite de la simplicité devant le caractère insaisissable du champ d'application du droit de l'Union. Toutefois, elle ne correspond pas à l'évolution de la jurisprudence qui, rapidement, a déconnecté le champ d'application des dispositions fondamentales des traités et notamment des libertés de circulation, dont la Cour n'hésite pas à contrôler le respect au sein des compétences retenues des Etats distinguant ainsi existence et exercice de la compétence retenue<sup>50</sup>. La formule est désormais récurrente selon laquelle « s'il est constant que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence retenue des Etats membres [...], il n'en demeure pas moins que les Etats membres doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union ». En découle une forme de « totalisation » du champ des libertés de circulation et une intrusion du droit de l'Union au sein des compétences réservées des Etats<sup>51</sup>. Là encore, il apparaît évident que les hypothèses de protection des droits fondamentaux par la Cour de justice découlant des arrêts *ERT* et *Zambrano* prolongent cette extension du champ du contrôle en dehors de celui des compétences d'attribution.

Ces hypothèses de protection sont indifférentes au domaine de compétence concernée. Dans le cas *ERT*, cela avait déjà été noté dès l'adoption de la Charte, le vecteur des libertés de circulation étend le regard de la Cour aux situations de dérogation. Or, les libertés de circulation s'appliquant elles-mêmes indifféremment selon le domaine de compétence concerné, il en découle que la protection des droits emprunte logiquement la même voie

---

<sup>46</sup> Roman Herzog, „Stoppt den Europäischen Gerichtshof“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Francfort, 8 septembre 2008).

<sup>47</sup> Paul Craig, 'The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis', (2011) 48 CMLR 403 s.

<sup>48</sup> Bvfg 06 [2010] 2661.

<sup>49</sup> Dominik Hanf, 'Vers une Précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi Fondamentale - L'Apport de l'Arrêt « rétention des données » et de la décision « *Honeywell* » du BVerfG' (2010) 3 *Cahiers Juridiques* 16 s.

<sup>50</sup> Koen Lenaerts, 'L'encadrement par le Droit de l'Union Européenne des Compétences des Etats Membres' in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, (Dalloz 2010) 433 s.

<sup>51</sup> Loïc Azoulay, 'The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?' (2011) 4 EJLS 192.

autorisant la Cour de justice à exercer son contrôle en dehors du champ des compétences de l'Union<sup>52</sup>. De cette façon notamment, le contrôle du respect des droits fondamentaux des citoyens mobiles dans l'Union européenne s'exerce au sein des domaines de compétences retenues, comme par exemple s'agissant des questions d'état civil et de droit au nom de famille<sup>53</sup>. Plus encore dans le cas *Zambrano*, l'atteinte aux compétences retenues est accentuée par le fait que non seulement la protection est indifférente au domaine matériel en cause mais que de surcroît l'absence de transnationalité de la situation confère une dimension purement nationale à l'exercice de la compétence étatique. Le cantonnement à une situation interne est en effet généralement un indice supplémentaire de libre réglementation des pouvoirs nationaux. L'introduction d'un contrôle du respect des droits fondamentaux dans cette hypothèse par le biais du statut de citoyen, même sédentaire, contredit frontalement l'idée que les Etats conservent en principe la maîtrise de l'exercice de leur compétence dans des situations ne présentant pas d'élément d'extranéité. On peut voir dans le droit de regard que s'octroie la Cour de justice à l'égard des effets internes des réglementations nationales une forme de fédéralisation du statut de citoyen. En l'occurrence, ce sera essentiellement le domaine particulièrement sensible de l'immigration des ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui sera soumis au regard de la Cour de justice<sup>54</sup>. De la combinaison de ces deux hypothèses, il apparaît que le citoyen de l'Union bénéficie d'une protection de ses droits fondamentaux dans tous les domaines continuant pourtant de relever de la compétence étatique : soit pleinement s'il est mobile, soit partiellement - en tant que les droits fondamentaux relèvent de l'essentiel des droits découlant du statut de citoyen - s'il est sédentaire.

Entre ce que dicte la Charte et ce que fait la Cour, la contradiction est profonde. Derrière elle, se profile une intrusion dans la sphère de compétence et de liberté des Etats. La résolution n'en est que plus délicate.

### 3.2 Résolution de la Contradiction: Unitarisme *versus* Pluralisme

Une alternative, insatisfaisante dans chacune de ses branches, se présente à la Cour de justice afin de résoudre la contradiction entre le champ de protection défini par l'article 51 de la Charte et celui élaboré par la jurisprudence. Elle consiste à choisir entre l'unité et la pluralité du ou des champs de protection.

#### 3.2.1 Unité

Dans un souci de sécurité et de clarté, la Cour de justice peut choisir de faire coïncider le champ conventionnel et le champ jurisprudentiel de protection. Cette manière de résoudre la contradiction se dédouble néanmoins selon qu'est privilégié le premier ou le second. Une première possibilité consisterait à faire prévaloir l'article 51 de la Charte en limitant le contrôle des mesures nationales à la seule hypothèse *Wachauf*. Elle aurait le mérite de la simplicité, mais pourrait aussi être considérée comme une régression du standard de protection offert par l'Union. En ce cas, cette solution contredirait potentiellement l'article 53 de la Charte qui pose une clause cliquet *pro homine*. De plus, cette option cadrerait mal avec les Explications de la Charte qui adoptent une rédaction plus large que celle de l'article

<sup>52</sup> Allard Knook, 'The Court, the Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union' (2005) 42 CMLR 367-398.

<sup>53</sup> Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR I-13693 ; Case C-391/09 *Runevic-Vardyn* [2011] ECR I-3787.

<sup>54</sup> Voy. les commentaires de Kay Hailbronner et Daniel Thym, 'Annotation of Case C-34/09' (2011) 48 CMLR 1264 s.



51 selon laquelle « il résulte sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union », ce qui est susceptible d'englober d'autres hypothèses que la seule mise en œuvre du droit de l'Union. Dans son ordonnance *Asparuhov Estov*<sup>55</sup>, la Cour constate que sa compétence pour interpréter la Charte n'est pas établie, dès lors qu'aucun élément ne montre que la décision nationale en cause « constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union ou qu'elle présenterait d'autres éléments de rattachement à ce dernier ». Cette dernière incise milite a contrario pour le maintien d'une interprétation plus large du champ du contrôle que ce que prévoit la lettre de l'article 51 CDFUE. Dans son ordonnance *Chartry*, la Cour tout en s'estimant incompétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux en l'espèce, mentionne expressément que le rattachement au champ du contrôle peut continuer d'être opéré par le biais des libertés de circulation<sup>56</sup>. L'unité du champ d'application ne peut alors se faire qu'au profit du standard le plus étendu.

La seconde façon de résoudre de manière unitaire la contradiction serait de faire prévaloir la protection la plus étendue, à savoir la protection jurisprudentielle et d'ignorer la lettre de l'article 51 de la Charte. La Cour semble s'y aventurer : dans l'arrêt *Küçükdeveci* elle se fonde ouvertement sur le principe de non-discrimination protégé par la Charte (article 21) pour connaître du litige horizontal<sup>57</sup>. De même, dans l'arrêt *Runevic-Wardyn* elle fait référence au droit à la vie privée et familiale consacré par la Charte (article 7) pour statuer sur la compatibilité aux droits fondamentaux d'une mesure nationale dérogeant à une liberté de circulation dans un domaine de compétence pourtant réservé aux États<sup>58</sup>. L'argument utilisé en doctrine pour justifier cette méconnaissance de la volonté étatique au profit du standard de protection le plus large est celui du pragmatisme. Rien ne servirait de maintenir deux standards de protection différents si l'un est plus protecteur que l'autre, dès lors que le requérant aurait alors toujours le loisir de se tourner vers celui qui lui offre le plus de garanties. Autrement dit, quand bien même les limitations posées par l'article 51 de la Charte seraient respectées, il resterait possible de maintenir une protection des droits fondamentaux plus étendue sur le fondement des principes généraux du droit<sup>59</sup>. Dès lors autant ignorer les premières au profit de l'application d'un standard unique, plus protecteur<sup>60</sup>. En ce qu'elle contredit ouvertement la volonté des États et qu'elle expose la Cour à la menace de l'*ultra vires*, il n'est toutefois pas certain que la solution unitaire soit nécessairement celle qui sera retenue.

### 3.2.2 Pluralité

Empruntant le chemin de la complémentarité et de la complexité, la Cour de justice peut également opter pour le maintien de la pluralité des champs de contrôle selon que le fondement de la protection provient de la Charte ou des principes généraux du droit. Le

<sup>55</sup> Case C-339/10 *Asparuhov Estov e.a.* [2010] ECR I-11475, para 14 ; ainsi que Case C-267/10 et C-268/10 *Rossius et Colliard* [2011] ECR I-81, para 19.

<sup>56</sup> Case C-457/09 *Chartry* [2011] ECR I-819, para 25.

<sup>57</sup> C 555/07 *Küçükdeveci* [2011] (n 21), para 22.

<sup>58</sup> Case C 391/09 *Runevic-Wardyn* [2011] (n 53), para 89.

<sup>59</sup> Koen Lenaerts and Jose-Antonio Gutiérrez-Fons, 'The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU law' (2010) 47 CMLR 1657-1660; T Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2<sup>e</sup> éd., OUP 2006) 363; Alexander Egger, 'EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited' (2006) 25 YB Eur L 547-550.

<sup>60</sup> En ce sens les conclusions de l'Avocat Général Y Bot du 5 avril 2011 dans l'affaire *Scattolon* (C-108/10, para 116 et s.), mais la Cour n'y a pas répondu dans son arrêt du 6 septembre 2011.



pluralisme du champ de protection prendrait tout d'abord la forme d'un dualisme consistant à maintenir un double standard de délimitation. En effet, il n'est pas certain que le standard jurisprudentiel soit nécessairement plus étendu que le standard conventionnel. Il pourrait y avoir un intérêt à maintenir ce dernier parallèlement à la protection jurisprudentielle, notamment s'agissant du contrôle des droits fondamentaux dans le domaine sensible de l'extroisième pilier de l'Union européenne au sein duquel la protection jurisprudentielle est pour le moment limitée<sup>61</sup>. D'ailleurs, la Cour de justice montre quelques signes d'attention à l'article 51 de la Charte, signifiant par là qu'elle n'entend pas l'ignorer totalement. Dans l'arrêt *McB*, rendu selon la procédure préjudicielle d'urgence, elle s'attache, conformément à la prise de position de l'Avocat général, à souligner l'absence de compétence européenne en matière de réglementation du droit de garde pour n'utiliser la Charte qu'à des fins interprétatives du droit de l'Union et non pour y confronter directement la mesure nationale litigieuse<sup>62</sup>. De même, dans les ordonnances *Vino*, la juridiction européenne cite expressément l'article 51 §2 CDFUE pour considérer que la situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union et de la protection des droits fondamentaux qui en découle dès lors qu'elle n'est pas couverte par le droit dérivé<sup>63</sup>. Il en résulte une hésitation entre les décisions ignorant la limitation conventionnelle du champ de protection au profit du standard jurisprudentiel et celles qui en tiennent compte, ce qui pourrait laisser penser que les deux régimes seraient amener à coexister. Il ne faudrait pas cependant que la Cour de justice renonce à fixer elle-même, serait-ce de façon duale, le champ de la protection. Or, toute évolution en ce sens n'est pas à écarter.

L'éventualité d'une délimitation pluraliste du champ de protection des droits fondamentaux pourrait découler de sa délégation aux juges nationaux. Il leur reviendrait alors d'identifier les situations qu'ils estiment relever de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice ou celles continuant de relever du standard national, voire de la Convention européenne des droits de l'homme. En résulterait un risque évident de variabilité du champ de la protection en fonction des interprétations potentiellement divergentes des différentes juridictions nationales. Et pourtant, dans un arrêt *Dereci et a.*, la Cour de justice a semblé s'avancer dans cette voie en jugeant qu'il appartenait à la juridiction *a qua* de décider si la situation relevait ou non du champ de la protection offerte par la Charte ou de celle découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir expressément rappelé l'importance et la lettre de l'article 51 de la Charte, la Grande chambre estime au point suivant que

si la juridiction de renvoi considère, à la lumière des circonstances des litiges au principal, que la situation des requérants au principal relève du droit de l'Union, elle devra examiner si le refus du droit de séjour de ces derniers porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 7 de la charte. En revanche, si elle considère que ladite situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, elle devra faire un tel examen à la lumière de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH.<sup>64</sup>

Un choix s'offrirait donc au juge national. Cette perspective de nationalisation de la délimitation des champs de protection, que l'Avocat général n'avait pas envisagée dans sa prise de position, est particulièrement lourde de conséquences : elle sonne comme un renoncement à l'autonomie d'interprétation du droit de l'Union. Une manière de la

<sup>61</sup> Eleanor Spaventa, 'Remembrance of Principles Lost: Fundamental Rights, the third Pillar and the Scope of Union Law' (2006) 25 YB Eur L 153-176.

<sup>62</sup> Case C-400/10 *PPU McB*. [2010] ECR I-8965, para 51.

<sup>63</sup> C-20/10 *Vino* [2010] ECR I-148, para 52 ; Case C 161/11 *Vino* [2011] ECR I-91, para 23 s.

<sup>64</sup> Case C-256/11 *Dereci* [2011] (n 33), para 72.

comprendre tient peut-être à la spécificité de l'espèce à l'occasion de laquelle la Cour tente de définir plus précisément ce qu'elle entend par l'atteinte à l'« essentiel » des droits du citoyen de l'Union qui justifie un rattachement au champ du contrôle dans les situations internes. Considérant dans la suite de l'arrêt que l'atteinte au droit de séjour du conjoint du citoyen sur le territoire de l'Union encourt la critique sur un autre fondement, il s'ensuit que l'essentiel de ces droits n'est pas en cause et que dès lors la protection de la Cour de justice ne peut être revendiquée. Il demeure que la formulation laissant aux juges nationaux le soin de déterminer eux-mêmes la protection applicable, quand bien même serait-elle *in fine* équivalente ce qu'il est difficile de prédire avec certitude à l'avance, ouvre des perspectives d'éclatement du champ de protection.

Si aucune de ces pistes ne semble pleinement satisfaisante, il faudra bien trancher en faveur de l'unité ou de la dualité, voire de la pluralité, des champs de protection selon le fondement invoqué<sup>65</sup>. La question que l'on est en droit de se poser est celle de savoir pourquoi la Cour de justice s'évertue à étendre le champ de son contrôle des droits fondamentaux au risque de la résistance et de l'incohérence. La réponse requiert de se pencher sur le discours qui justifie le passage d'une cour pas assez protectrice à une cour trop protectrice des droits. Seule une justification d'ensemble est susceptible de mener à une redéfinition du champ de la protection offerte par le droit de l'Union.

#### 4. LA JUSTIFICATION DU CHAMP DE LA PROTECTION

La délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux découle en définitive d'une conception de la nature et de la portée de l'intégration européenne. Essentiellement mouvante, elle fait pour le moment défaut. Le discours de justification s'en ressent. L'explication généralement avancée pour justifier l'extension du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour consiste à mettre en avant un argument d'efficacité insistant comme souvent sur l'effet utile des normes européennes (4.1). On peut lui préférer une analyse centrée sur un argument d'équité lié à la volonté de compenser les désavantages nés de la spécificité de certaines situations qu'engendre le caractère partiel de l'intégration (4.2). Cette proposition de justification du champ d'application de la protection des droits fondamentaux permet de mieux rendre compte de l'entreprise jurisprudentielle de constitution d'un corps social européen qui se joue derrière la question du champ de la protection des droits fondamentaux.

##### 4.1 L'Argument de l'Efficacité: La Justification Utilitariste

La doctrine et certains membres de la Cour tentent de justifier les avancées du champ de la protection des droits fondamentaux par un argument d'efficacité ou d'« effet utile » du droit de l'Union, décliné parfois en termes d'uniformité et de primauté. Ce discours dominant n'est pas pleinement convaincant.

---

<sup>65</sup> La Cour a été saisie d'une demande préjudicielle en ce sens dans l'affaire C-40/11, *Ilidia* par laquelle, la juridiction allemande de renvoi a notamment posé la question suivante : « Les droits fondamentaux "non écrits" de l'Union européenne, tels qu'élaborés dans la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt du 12 novembre 1969 *Stauder* (29/69, Rec. p. 419, point 7) jusqu'à, par exemple, l'arrêt du 22 novembre 2005 *Mangold* (C-144/04, Rec. p. I-9981, point 75), peuvent-ils s'appliquer dans leur intégralité, même si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce; en d'autres termes, les droits fondamentaux qui conservent leur validité en tant que principes généraux du droit de l'Union aux termes de l'article 6, paragraphe 3, TUE existent-ils de manière autonome et indépendante à côté des nouveaux droits fondamentaux de la Charte reconnus au paragraphe 1 dudit article ? ». Toutefois, elle n'y pas véritablement répondu.

#### 4.1.1 Effet Utile

En dehors de l'hypothèse *Wachauf* qui ne soulève pas de protestations des juges et droits nationaux sous l'angle de la répartition des compétences, les autres hypothèses de protection susceptibles d'y porter atteinte ont toutes été soutenues par un triple argument d'efficacité/uniformité/primauté.

Ainsi, l'hypothèse *ERT* de protection des droits fondamentaux dans les situations de dérogation aux libertés de circulation se justifierait par l'achèvement du marché intérieur qui se trouverait compromis « si chaque Etat membre pouvait déterminer, en se référant à ses propres lois et valeurs – sans aucune référence au droit communautaire – ce qui est ou n'est pas visé par l'interdiction et la dérogation à cette interdiction »<sup>66</sup>. L'idée est que la dérogation aux libertés de circulation devrait se faire uniformément au regard des droits fondamentaux afin d'éviter des disparités entre Etats qui, par nature, sont autant d'obstacles potentiels à la création d'un espace de mobilité<sup>67</sup>. On peut demeurer sceptique à l'égard ce raisonnement en termes d'effet utile et d'uniformité : dès lors que le contrôle de la dérogation à la liberté de circulation en elle-même est bien centralisé par la Cour, quel besoin y a-t-il du point de vue de l'efficacité de la liberté de circulation de garantir *de surcroît* le respect des droits fondamentaux ? Il est en effet parfaitement envisageable que les Etats protègent différemment les droits fondamentaux à partir du moment où le respect de la liberté de circulation est bien assuré. La justification semble ainsi assez faible<sup>68</sup>.

Dans l'hypothèse *Mangold/Küçükdeveci*, la justification généralement avancée pour étendre le contrôle du droit national aux situations horizontales tient à la préservation du « *plein effet* »<sup>69</sup> du principe de non-discrimination en raison de l'âge dont une directive, pourtant formellement non-invocable, précise la portée. Pour certains, l'exigence de primauté justifierait ainsi que le contrôle du respect des droits fondamentaux l'emporte sur la prise en compte de la spécificité de la directive, et donc du respect des compétences<sup>70</sup>. Là encore, il est possible de douter de la cohérence d'ensemble du raisonnement, notamment si l'on se place du point de vue de l'invocabilité des directives. En effet, si l'efficacité et la primauté sont les arguments qui justifient l'invocabilité du droit fondamental précisé par la directive, il faudrait en ce cas lui reconnaître une justiciabilité maximale de substitution et non se contenter d'en reconnaître l'invocabilité d'exclusion<sup>71</sup>.

Enfin, dans l'hypothèse *Zambrano*, l'appel à l'efficacité et à l'uniformité est au cœur des conclusions de l'Avocat général E Sharpston dont on connaît l'hostilité à l'égard des situations « purement internes » et des « discriminations à rebours » qu'elles engendrent<sup>72</sup>. La Cour confirme cette justification en soulignant le nécessaire « *effet utile* » du statut de citoyen en situation interne<sup>73</sup>. Pourtant, les questions ne manquent pas de surgir face à cette

<sup>66</sup> Joseph Weiler and Sybilla Fries, 'Une Politique des Droits de l'Homme pour la Communauté et l'Union Européenne : La Question des Compétences', in Alston (n 11) 164.

<sup>67</sup> Koen Lenaerts, 'Fundamental Rights in the European Union' (2000) 25 *ELR* 590.

<sup>68</sup> Zdenek Kühn, '*Wachauf* and *ERT*: On the Road from Centralised to the Decentralised System of Judicial Review', in Azoulai and Maduro (n 5) 157.

<sup>69</sup> Case C-555/07 *Küçükdeveci* [2011] (n 21), para 53

<sup>70</sup> Koen Lenaerts et T Corthaut, 'Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law' (2006) 31 *ELR* 290-291.

<sup>71</sup> Paul Craig, 'The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions' (2009) 34 *ELR* 349-377.

<sup>72</sup> Para 125 et s. des conclusions du 30 septembre 2010 (C-34/09).

<sup>73</sup> Case C-256/11 *Dereci* [2011] (n 33), para 67.

nouvelle extension du contrôle, notamment celle de savoir à l'aune de quel(s) critère(s) s'effectue le rattachement de la situation. Il semblerait qu'un certain degré de violation soit requis afin de priver le citoyen de « l'essentiel » des droits qu'il tire de son statut. L'idée là encore serait de garantir une sorte d'effet utile minimal du statut de citoyen. Ce raisonnement est néanmoins problématique : il aboutit à faire dépendre le lien rattachement nécessaire au déclenchement du contrôle de la Cour de justice du résultat de ce même contrôle. Autrement dit pour savoir si la Cour de justice peut se prononcer, il faut déjà savoir s'il y a atteinte aux droits. Bel exemple d'illogisme consistant à faire dépendre la possibilité du contrôle du résultat de celui-ci... Tel est finalement le défaut majeur de l'argument d'efficacité.

#### **4.1.2 Circularité**

L'argument du triptyque efficacité/uniformité/primauté pour justifier l'extension du champ de la protection des droits fondamentaux souffre de circularité. Il n'a en réalité qu'une faible vertu explicative de l'état actuel du droit positif.

Tout d'abord, il est logiquement déroutant de soutenir que la recherche d'efficacité justifie une extension du champ d'application. Raisonner de la sorte revient à ignorer la distinction de l'applicabilité et de l'application d'une norme. En effet, la question de l'applicabilité concerne la validité matérielle de la norme, son « secteur de vie » en tant que norme. En revanche, la question de l'efficacité est essentiellement relative à son application, c'est-à-dire aux effets qu'elle produit au sein de son secteur de validité matérielle. L'inclusion dans le champ d'application d'une norme doit être envisagée comme une *condition* même du recours à l'argument de recherche d'efficacité de cette norme et non comme une conséquence de celui-ci. C'est pourquoi, une norme doit être efficace parce qu'elle s'applique, et non qu'elle doit s'appliquer pour être efficace. L'exigence d'efficacité ne peut être invoquée qu'une fois le champ d'application de la protection connu et non pour en justifier l'élargissement.

Ensuite et à l'inverse, si la recherche d'efficacité devait être la justification à l'extension du champ d'application de la protection, elle imposerait d'aboutir en dernière analyse à sa pleine généralisation. Pourquoi, si l'efficacité est à la base de l'extension du contrôle, ne pas étendre la protection à l'ensemble des droits fondamentaux du citoyen et se limiter à ceux qui forment l'« essentiel » de son statut ? Pourquoi, également, limiter la protection horizontale aux hypothèses de combinaison d'une directive et d'un principe général du droit ? La radicalité de l'argument d'efficacité est telle qu'il ne peut *in fine* mener qu'à une extension totale. Or, on l'a vu, tel n'est pas le cas actuellement en droit positif, et il est peu probable que la Cour de justice ose franchir ce cap dans un avenir proche. Il est certes possible de dire que l'argument d'efficacité s'oppose alors à d'autres arguments, comme celui de la limitation des compétences de l'Union et du consentement démocratique à être lié par des normes externes, mais en ce cas il n'est plus le seul discours permettant de conférer une cohérence d'ensemble à la construction jurisprudentielle qui continue d'être habitée par une tension profonde, irrésolue et source d'incertitude. Il devient nécessaire de le concilier avec d'autres arguments, et il ne saurait dès lors être présenté comme la clé explicative du phénomène d'extension.

Si l'argument d'efficacité/uniformité/primauté ne suffit pas à expliquer l'état actuel du droit positif, il faut tenter de se tourner vers un autre discours de justification de l'extension du champ de la protection des droits fondamentaux à l'égard des mesures nationales. On peut préférer à l'argument d'efficacité, un argument d'équité.

## 4.2 L'Argument de l'Équité: La Justification Compensatrice

L'argument d'équité consiste à soutenir qu'en étendant le champ de son contrôle du respect des droits fondamentaux, la Cour de justice propose un cadre de justification couvrant la spécificité des situations frontalières à l'existence même du droit de l'Union. Elle cherche ainsi à compenser les désavantages découlant du caractère partiel de l'intégration, et à légitimer cette particularité.

### 4.2.1 « Résidualité »

Un point commun existe aux situations dans lesquelles la Cour étend son contrôle au-delà de la seule mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Il s'agit de situations limitrophes, qui sortent de peu des frontières de la capacité d'action et de regard de l'Union européenne. En empruntant la terminologie de l'Avocat général Maduro il est possible de les nommer comme des situations « *résiduelles* » du droit de l'Union<sup>74</sup>, dans la mesure où elles n'ont de sens et d'existence qu'en lien avec lui. Ces situations sont celles dans lesquelles le requérant se trouve *in extremis* privé du bénéfice du droit de l'Union, ce qui entraîne quelque part une forme de désavantage. Ainsi, la dérogation aux libertés de circulation limitant la mobilité, une fois considérée compatible avec elle, aboutit à isoler la situation de celui qui se trouve privé de son bénéfice par une dérogation autorisée. Le fait que le droit de l'Union tolère cette dérogation singularise celui qui en est l'objet par rapport à celui qui a pu tirer pleinement profit du droit de circuler librement. De même, l'exclusion des situations horizontales du contrôle de la conformité du droit national à une directive isole le requérant confronté à un litige purement privé plutôt qu'à un litige administratif dans lequel il aurait obtenu gain de cause. Enfin, la situation du citoyen statique contraste avec celle du citoyen mobile qui a eu la chance ou la prévoyance de franchir une frontière intracommunautaire.

La singularité de ces situations et les désavantages qui en résultent ne peuvent se comprendre que du fait même du caractère partiel de l'intégration européenne. En octroyant de nouveaux droits à ceux qui relèvent de sa sphère d'influence, l'Union crée également des situations d'exclusion du fait de la limitation de son action. Partant l'idée peut germer que ce désavantage des situations limitrophes doit être justifié au regard des normes fondamentales du système juridique qui l'engendre leur dénuement. Elle prend la forme du contrôle du respect des valeurs essentielles qui fondent le système lui-même et assurent sa légitimité : les droits fondamentaux. Empruntant cette perspective, c'est précisément parce que le droit de l'Union n'a qu'un champ d'action limité que se justifie l'extension de la protection de ses valeurs fondamentales aux situations limitrophes nées de sa coexistence avec la sphère de compétence libre des Etats. Ces situations n'ayant d'existence qu'en raison de la présence du droit de l'Union dont elles subissent l'incomplétude, elles doivent pouvoir bénéficier du cadre de légitimation de l'exercice du pouvoir national propre au droit européen afin d'en compenser ainsi les éventuels inconvénients.

### 4.2.2 Légitimité

La spécificité des droits fondamentaux tient probablement à leur capacité d'injecter du juste dans le droit, de réunir le légitime et le légal. Elle explique pour partie leur importance grandissante dans les systèmes juridiques contemporains qui passent progressivement d'une conception procédurale à une conception substantielle de la légitimité. L'idée qui faut

---

<sup>74</sup> Conclusions du 6 mai 2004 dans l'affaire *Carbonati Apuani* (Case C-72/03) para 58.

éprouver serait que la diffusion au sein des droits nationaux de son propre standard de protection des droits fondamentaux par la Cour de justice permet de légitimer la présence du droit de l'Union, y compris dans les cas où il n'est pas directement en cause mais lorsque la situation nationale est comme *déformée par sa présence*. L'argument d'équité et de compensation consistant à protéger les intérêts essentiels des membres de la société européenne face aux désavantages qu'ils subissent en raison du caractère partiel de l'intégration pourrait ainsi constituer la justification du contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux au-delà des compétences de l'Union.

De cette façon, la Cour de justice se met en position d'inclure dans la société européenne les personnes qui se trouvent pourtant en principe exclues de sa sphère de compétence et qui subissent une distorsion de la protection des droits fondamentaux du fait de cette exclusion. On peut y voir un moyen de donner corps à la société européenne *globale* malgré le caractère partiel de l'intégration européenne par un effort de compensation des inconvénients qui en découlent. Sur cette base pourrait naître une véritable théorie plus rationnelle de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice. Elle ne le sera jamais pleinement, le recul de la frontière du contrôle en créant une nouvelle, et repoussant d'autant le problème de la limite ultime du champ contrôle. Reste que cette proposition permet de donner sens à la protection et à son éventuelle extension.

## 5. CONCLUSION

Pour conclure, demeurera un autre défi à relever afin solidifier le contrôle des droits fondamentaux par la Cour de justice et de l'assembler sur une base rigoureuse. Ce défi n'est plus celui de la délimitation du champ de protection mais celui de la fixation d'un degré de protection. Une des questions posées à la cour de justice est de savoir si au sein du champ de protection dont elle est la gardienne, une pluralité de niveaux de protection est envisageable au profit de standards éventuellement plus favorables au sien<sup>75</sup>. A quoi bon, en effet, étendre le champ de la protection si le degré de protection y est inférieur à celui proposé par les droits et juges nationaux, sous le contrôle de la Cour de Strasbourg ? L'écueil à éviter est celui d'une dérive « droits de l'homme », l'Union n'apparaissant visible dans son champ de protection qu'au prix d'une surenchère dans le standard de protection, qui sera vécue comme d'autant plus intrusive par les ordres nationaux. En cas de résistance sur un conflit de valeur, la protection des droits fondamentaux censée augmenter la légitimité de l'Union européenne aurait le résultat opposé à celui initialement souhaité. La solution passe probablement par l'invention d'une méthode de contrôle fondée sur la reconnaissance mutuelle des standards dans laquelle la Cour de justice plutôt que de prétendre imposer une interprétation unique pourrait servir de cadre de dialogue et de réflexivité aux standards nationaux de protection.

---

<sup>75</sup> Voy. sur cette question Case C-399/11 *Melloni* (ECJ, 26 février 2013).